Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 11. julija 2019[1]

Zadeva C-395/18

Tim SpA– Direzione e coordinamento Vivendi SA
proti
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
ob udeležbi
E-VIA SpA

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija))

„Vprašanje za predhodno odločanje – Direktiva 2014/24/EU – Javno naročanje – Neobvezni razlogi za izključitev – Izključitev gospodarskega subjekta iz sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila zaradi kršitve podizvajalca, ki ga je ta gospodarski subjekt predlagal – Neizpolnjevanje obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava iz člena 18(2) – Izključitev ponudnika – Člen 71 – Člen 57(4)(a)“

1. Italijanski javni naročnik (družba Consip SpA)[2] je objavil javni razpis za oddajo javnega naročila za opravljanje nekaterih storitev, pri čemer je v razpisni dokumentaciji dopustil sodelovanje podizvajalcev. Kandidati so morali za uporabo te možnosti v svojih ponudbah navesti, da nameravajo del teh storitev oddati v podizvajanje, in podati seznam treh podizvajalcev.

2. Eden od ponudnikov (družba Tim SpA) je v svoji ponudbi navedel, da bo nekatere storitve, ki so predmet naročila, oddal v podizvajanje, in podal imena treh podizvajalcev. Ker je bil v zvezi z enim od njih podan neobvezen razlog za izključitev (kršil je socialno in delovno zakonodajo), je naročnik ponudnika izključil iz postopka.

3. Predložitveno sodišče želi izvedeti, če povzamem, ali lahko v skladu z Direktivo 2014/24/EU[3] naročnik iz postopka javnega naročanja ponudnika izključi iz razlogov, ki se nanašajo na podizvajalca, ki je predlagan v ponudbi.

1 Jezik izvirnika: španščina.

2 Consip je delniška družba, katere osnovni kapital je v celoti v lasti italijanskega ministrstva za gospodarstvo in finance. Naloge izvaja izključno za javno upravo.

3 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije: Direktiva 2014/24

4. V uvodni izjavi 101 je navedeno:

„Poleg tega bi bilo treba javnim naročnikom omogočiti, da izključijo gospodarske subjekte, ki so se izkazali za nezanesljive, na primer zaradi kršitev okoljskih ali socialnih obveznosti […].

[…]

Javni naročniki bi morali pri uporabi neobveznih razlogov za izključitev posebno pozornost nameniti načelu sorazmernosti. Zaradi manjših nepravilnosti bi bilo treba gospodarski subjekt izključiti le v izjemnih okoliščinah. Vendar pa se v primeru ponavljajočih se manjših nepravilnosti lahko pojavijo dvomi glede zanesljivosti gospodarskega subjekta, kar lahko upraviči njegovo izključitev.“

5. V uvodni izjavi 105 je navedeno:

„Pomembno je, da […] [se] zagotov[i], da podizvajalci spoštujejo veljavne obveznosti s področij okoljskega, socialnega in delovnega prava, določene v pravu Unije, nacionalnem pravu, kolektivnih pogodbah ali predpisih mednarodnega okoljskega, socialnega in delovnega prava, navedenih v tej direktivi, če so takšna pravila in njihova uporaba v skladu s pravom Unije.

[…]

Pojasniti bi morali tudi, da bi bilo treba pogoje, povezane z zagotavljanjem spoštovanja veljavnih obveznosti s področij okoljskega, socialnega in delovnega prava, določenih v pravu Unije, nacionalnem pravu, kolektivnih pogodbah ali predpisih mednarodnega okoljskega, socialnega in delovnega prava, navedenih v tej direktivi, če so takšna pravila in njihova uporaba v skladu s pravom Unije, uporabiti vedno, kadar nacionalno pravo države članice predvideva mehanizem solidarne odgovornosti med podizvajalci in glavnim izvajalcem. Poleg tega bi bilo treba izrecno navesti, da gredo države članice lahko še dlje, na primer tako, da razširijo obveznosti glede transparentnosti, omogočijo neposredna plačila podizvajalcem ali da javnim naročnikom omogočijo oziroma od njih zahtevajo, da preverijo, da podizvajalci niso v nobeni od situacij, ki bi utemeljevala izključitev gospodarskih subjektov. Če se taki ukrepi uporabljajo za podizvajalce, bi bilo treba zagotoviti skladnost z določbami, ki se uporabljajo za glavne izvajalce; obvezne razloge za izključitev bi tako dopolnjevala zahteva, da glavni izvajalec zamenja zadevnega podizvajalca. Če se pri takem preverjanju izkaže, da obstajajo neobvezni razlogi za izključitev, bi bilo treba pojasniti, da lahko javni naročniki zahtevajo zamenjavo. Izrecno pa bi bilo treba navesti tudi, da so javni naročniki lahko primorani zahtevati zamenjavo zadevnega podizvajalca, če bi bila v takih primerih obvezna izključitev glavnih izvajalcev.

Nazadnje bi bilo treba izrecno določiti, da lahko države članice v nacionalnem pravu še naprej določajo strožja pravila glede odgovornosti oziroma da gredo lahko, kar zadeva nacionalno pravo, dlje glede neposrednih plačil podizvajalcem.“

6. Člen 18 („Načela javnega naročanja“) določa:

„1. Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

[…]

2. Države članice z ustreznimi ukrepi zagotovijo, da gospodarski subjekti pri izvajanju javnih naročil izpolnjujejo veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava, ki so določene v pravu Unije, nacionalnem pravu, kolektivnih pogodbah ali predpisih mednarodnega okoljskega, socialnega in delovnega prava, naštetih v Prilogi X.“

7. Člen 57 („Razlogi za izključitev“) določa:

„[…]

4. Javni naročniki lahko oziroma – na zahtevo držav članic – morajo iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti vsak gospodarski subjekt v katerem koli od naslednjih primerov:

(a) kadar lahko javni naročniki na kakršen koli ustrezen način dokažejo kršitev veljavnih obveznosti iz člena 18(2);

[…].“

8. Člen 71 („Oddaja javnih naročil podizvajalcem“) določa:

„1. Pristojni nacionalni organi z ustreznimi ukrepi v okviru svoje odgovornosti in pristojnosti zagotovijo, da podizvajalci spoštujejo obveznosti iz člena 18(2).

2. Javni naročnik lahko oziroma – če tako zahteva država članica – mora v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila od ponudnika zahtevati, da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morda namerava oddati v podizvajanje tretjim osebam, ter vse predlagane podizvajalce.

[…]

4. Odstavki 1 do 3 ne posegajo v vprašanje odgovornosti glavnega izvajalca.

[…]

6. Kršitve obveznosti iz člena 18(2) se lahko preprečijo z ustreznimi ukrepi, kot so:

(a) če je v nacionalnem pravu države članice določen mehanizem solidarne odgovornosti podizvajalcev in glavnega izvajalca, ta država članica zagotovi, da se zadevna pravila uporabljajo v skladu s pogoji iz člena 18(2);

(b) javni naročniki lahko oziroma – če tako zahtevajo države članice – morajo v skladu s členi 59, 60 in 61 preveriti, ali obstajajo razlogi za izključitev podizvajalcev v skladu s členom 57. Javni naročnik v takšnih primerih od gospodarskega subjekta zahteva zamenjavo podizvajalca, za katerega je bilo med preverjanjem ugotovljeno, da obstajajo obvezni razlogi za njegovo izključitev. Javni naročnik lahko oziroma – če tako zahtevajo države članice – mora od gospodarskega subjekta zahtevati zamenjavo podizvajalca, za katerega je bilo med preverjanjem ugotovljeno, da obstajajo neobvezni razlogi za njegovo izključitev.

7. Države članice lahko v nacionalnem pravu določijo strožja pravila glede odgovornosti oziroma lahko gredo dlje glede neposrednih plačil podizvajalcem, na primer tako, da predpišejo neposredna plačila podizvajalcem, ne da bi jih slednji morali zahtevati.

8. Države članice, ki so se odločile, da bodo določile ukrepe v skladu z odstavki 3, 5 ali 6, z zakoni ali drugimi predpisi in ob upoštevanju prava Unije določijo pogoje za izvajanje teh ukrepov. Države članice lahko pri tem omejijo njihovo veljavnost, med drugim v zvezi z nekaterimi vrstami javnih naročil, nekaterimi kategorijami javnih naročnikov ali gospodarskih subjektov ali nad določenimi zneski."

B. Italijansko pravo: zakonska uredba št. 50/2016[4]

9. Člen 80(5) določa:

„Naročniki iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključijo gospodarski subjekt, ki je v enem od položajev, opisanih spodaj – kar velja tudi za podizvajalce v primerih iz člena 105(6) – če:

[…]

i) gospodarski subjekt ne predloži potrdila iz člena 17 zakona št. 68 z dne 12. marca 1999 oziroma sam ne potrdi izpolnjevanja zahtevanega pogoja;[5]

[…]."

10. Člen 105 določa:

„[…]

6. Tri podizvajalce je treba navesti, če je vrednost naročila za izvedbo gradenj, storitev ali dobav blaga enaka ali večja od mejnih vrednosti iz člena 35 in se za njegovo izvedbo ne zahteva posebna usposobljenost. V tem primeru mora biti ta obveznost navedena v obvestilu o javnem naročilu. V obvestilu lahko naročnik določi še druge primere, v katerih je navedba treh podizvajalcev obvezna tudi, če je vrednost naročila manjša od mejnih vrednosti iz člena 35.

[…]

12. Izbrani ponudnik mora zamenjati podizvajalce, pri katerih so bili pri pregledu ugotovljeni razlogi za izključitev iz člena 80.

[…]"

II. Dejansko stanje spora in vprašanja za predhodno odločanje

11. Družba Consip je 29. julija 2016 objavila obvestilo o javnem naročilu za „dobavo sistema WDM za medomrežno povezavo centra za obdelavo podatkov oddelkov RGS, DT in DAG.[6] Vrednost naročila je bila ocenjena na 1.420.785,60 EUR brez DDV".

4 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI št. 91 z dne 19. aprila 2016 – redni dodatek št. 10) (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016 o izvajanju direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb, o javnem naročanju in o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev, ter o prestrukturiranju veljavne zakonodaje na področju javnih naročil gradenj, storitev ali blaga: zakonik o javnih naročilih; v nadaljnjem besedilu: ZJN).

5 V skladu s členom 17 zakona št. 68 iz leta 1999 morajo javna in zasebna podjetja, ki sodelujejo v postopkih javnega naročanja ali so z javnimi organi v koncesijskem ali pogodbenem razmerju, tem vnaprej in pod grožnjo izključitve predložiti izjavo svojega pravnega zastopnika, da spoštujejo predpise v zvezi s pravico invalidnih oseb do dela.

6 Predmet javnega razpisa so bile zlasti storitve medomrežnega povezovanja, vključno s storitvami vzdrževanja in podpore, dodatne širokopasovne storitve, vključno s storitvami vzdrževanja in podpore, ter dodatne storitve prenosa.

12. V določilu 11 obvestila o javnem naročilu je bila dovoljena oddaja dela naročila podizvajalcem. Za to so morali kandidati v svojih ponudbah navesti, da nameravajo to možnosti uporabiti, in predložiti seznam treh podizvajalcev.

13. Družba Tim je predložila ponudbo in navedla tri podizvajalce, s katerimi je nameravala sodelovati, če bi ji bilo naročilo oddano. V prilogi je za vsakega od njih predložila enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila (ESPD).

14. Naročnik je pri preverjanju stanja podizvajalcev ugotovil, da eden izmed njih (družba Maticmind, Spa) ni spoštoval predpisov o pravici invalidnih oseb do dela, kot je izhajalo iz potrdila z dne 5. aprila 2017, ki ga je izdala občina Milano.

15. Družba Consip je družbo Tim zato na podlagi člena 80(5)(i) ZJN izključila iz postopka oddaje javnega naročila.

16. Družba Tim je zoper navedeno odločbo pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, v kateri je trdila – če povzamem – da:

– je bila izključitev nepravična in nesorazmerna, saj je v skladu z Direktivo 2014/24 posledica obstoja razloga za izključitev podizvajalca lahko le njegova zamenjava;

– bi za izvedbo naročila v vsakem primeru lahko uporabila druga dva podizvajalca, v zvezi s katerima ni podan noben razlog za izključitev;

– sodelovanje s podizvajalci sploh ni bilo nujno za izvedbo naročila, saj družba Tim izpolnjuje vse zahteve za to, da storitve izvede sama.

17. Predložitveno sodišče meni, da je izključitev družbe Tim v skladu s členom 80(5) ZJN. Vendar je po njegovem mnenju iz člena 105(6) in (12) ZJN razvidno, da ima lahko ugotovitev, da je v zvezi z nekim podizvajalcem podan razlog za izključitev, različne posledice:

– če do te ugotovitve pride med postopkom oddaje javnega naročila, je ponudnik zato, ker v zvezi z enim od podizvajalcev, navedenim na seznamu treh podizvajalcev, obstaja razlog za izključitev, izločen iz postopka (člen 80(5) ZJN);

– če pa do te ugotovitve pride po oddaji naročila, mora javni naročnik od izbranega ponudnika zahtevati, naj podizvajalca zamenja (člen 105(12) ZJN).

18. Glede na to razliko v obravnavanju predložitveno sodišče dvomi, da je izključitev ponudnika v okoliščinah zadeve v skladu s členom 71(6) Direktive 2014/24 in načelom sorazmernosti.

19. V tem položaju je Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija) Sodišču postavilo ti vprašanji:

„1. Ali člena 57 in 71(6) Direktive 2014/24/EU nasprotujeta nacionalni ureditvi, kakršna je ta iz člena 80(5) decreto legislativo n. 50 del 2016 (zakonska uredba št. 50 iz leta 2016), ki določa, da je gospodarski subjekt ponudnik v primeru, če se v postopku javnega naročanja ugotovi razlog za izključitev enega izmed treh podizvajalcev iz ponudbe, izključen, namesto da bi se od njega zahtevalo, naj zadevnega podizvajalca zamenja?

2. Podredno, če bo Sodišče menilo, da država članica lahko določi izključitev ponudnika, ali načelo sorazmernosti iz člena 5 Pogodbe EU, ki je navedeno v uvodni izjavi 101 Direktive 2014/24/EU in ga Sodišče navaja kot splošno načelo prava Unije, nasprotuje nacionalni ureditvi, kakršna je ta iz člena 80(5) zakonske uredbe št. 50 iz leta 2016, v skladu s katero je gospodarski subjekt ponudnik,

če se med postopkom oddaje javnega naročila ugotovi obstoj razloga za izključitev v zvezi s predlaganim podizvajalcem, vselej izključen iz sodelovanja v tem postopku, in sicer tudi če so v ponudbi navedeni še drugi podizvajalci, za katere niso podani razlogi za izključitev in ki izpolnjujejo pogoje, zahtevane za izvedbo storitev, ki naj bi se oddale v podizvajanje, ali če gospodarski subjekt ponudnik izjavi, da se odpoveduje oddaji del v podizvajanje, ker sam izpolnjuje vse pogoje za izvedbo storitev?“

III. Postopek pred Sodiščem

20. Predložitveni sklep je sodno tajništvo Sodišča prejelo 14. junija 2018.

21. Sodišče je v skladu s členom 101 Poslovnika predložitveno sodišče zaprosilo za podrobnejše podatke v zvezi s postopkom oddaje javnega naročila. Predložitveno sodišče je v odgovoru z dne 26. marca 2019 pojasnilo:

– Družba Tim je v svoji ponudbi morala navesti tri podizvajalce, če je nameravala del naročila oddati v podizvajanje. Alternativno bi se lahko odločila, da ne navede nobenega, s čimer bi se odrekla možnosti sodelovanja s podizvajalci.

– Družba Tim ni bila obvezana, da v primeru, če bi bilo naročilo oddano njej, uporabi vse ali katerega od podizvajalcev iz predlagane trojice. Sodelovanje s podizvajalci bi lahko opustila in sama izvedla naročilo.

– Družba Tim ob pripravi svoje ponudbe ni imela obveznosti preveriti, ali je v zvezi s predlaganimi podizvajalci podan neobvezen razlog za izključitev iz člena 57(4)(a) Direktive 2014/24, saj se je od nje zahtevala le predložitev ESPD, ki ga izda predstavnik vsakega podizvajalca.

22. Pisna stališča so predložile družbi Tim in Consip, avstrijska vlada in Komisija. Vse razen avstrijske vlade so se udeležile obravnave 2. maja 2019.

IV. Presoja

A. Pristop

23. V skladu z italijansko zakonodajo lahko kršitve, ki jih stori podizvajalec, vplivajo na ponudnika, ki je tega podizvajalca v svoji ponudbi predlagal, in utemeljijo izključitev ponudnika iz postopka javnega naročanja.

24. Vendar se v skladu s to zakonodajo različno obravnavata dva primera:

– če se kršitev podizvajalca razkrije po oddaji naročila, ga mora izbrani ponudnik zamenjati;

– če pa se ta kršitev razkrije v fazi izbora izvajalcev, je njena posledica bolj daljnosežna, saj pride do izključitve samega ponudnika.

25. Predložitveno sodišče dvomi, da je taka dvojna obravnava v skladu z Direktivo 2014/24. Za oblikovanje odgovora na njegovi vprašanji je treba po mojem mnenju najprej preučiti, ali je v skladu s členom 57 te direktive kršitev podizvajalca mogoče vključiti med razloge za izključitev ponudnika, in nato preveriti, ali je na podlagi ureditve o oddaji del podizvajalcem iz člena 71 navedene direktive ta izključitev mogoča.

26. V obeh primerih je okoliščina, zaradi katere je bila družba Tim izključena, kršitev (s strani podizvajalca) obveznosti s področja socialnega ali delovnega prava. Konkretno gre zato, da ni spoštoval nacionalnih predpisov o delu invalidnih oseb.

27. Člen 18(2) Direktive 2014/24 določa, da morajo države članice [7] z ustreznimi ukrepi zagotoviti, da gospodarski subjekti pri izvajanju javnih naročil izpolnjujejo veljavne obveznosti na področju (med drugim) socialnega in delovnega prava, kakor so določene v nacionalnem pravu.

28. Ta obveznost velja tako za glavne ponudnike (izvajalce) kot za podizvajalce, saj so eni in drugi gospodarski subjekti. Zakonodajalec Unije je želel z določitvijo te obveznosti javno naročanje spremeniti v orodje za uresničevanje drugih javnih ciljev na nekaterih področjih splošnega interesa, kar je izrazil v členih 57 in 71 Direktive 2014/24.

29. Zlasti je treba „[n]adzor nad spoštovanjem določb […] socialnega in delovnega prava […] izvajati v zadevnih fazah postopka javnega naročanja, in sicer pri uporabi splošnih načel, ki urejajo izbor udeležencev in oddajo javnih naročil, pri uporabi razlogov za izključitev […]“. [8]

B. Razlaga člena 57(4)(a) Direktive 2014/24

30. Zakonodajalec Unije je člen 18(2) Direktive 2014/24 povezal z neobveznim razlogom za izključitev iz člena 57(4)(a) te direktive. Ta se nanaša prav na kršitev obveznosti, ki zavezujejo na podlagi prvonavedene določbe.

31. Sporno je, ali je lahko (neobvezen) razlog za izključitev ponudnika že ravnanje podizvajalca ali pa, nasprotno, je taka izključitev mogoča le na podlagi dejanj, ki se lahko pripišejo samemu ponudniku.

32. Iz preučitve besedila člena 57(4)(a) Direktive 2014/24 je razvidno, da je to namenoma generično. Zakonodajalec je v tej določbi uporabil brezoseben izraz („kršitev […] obveznosti“ [9]), da bi se – brez omembe subjekta, ki je zanjo odgovoren – skliceval na neizpolnitev socialno- ali delovnopravnih obveznosti. Ta določba se tako z vidika besedila razlikuje od drugih točk, v katerih so navedeni morebitni subjekti, odgovorni za ravnanja, ki so podlaga za izključitev.

33. Na podlagi takšne slovnične formulacije je subjekt, odgovoren za neizpolnitev (in s tem za razlog za izključitev), lahko torej tudi podizvajalec kot stranka, za katero se – ker v okviru javnega naročila sama zaposluje delavce – uporabljajo nacionalne določbe socialnega ali delovnega prava.

34. Glede na merilo sistematične razlage je to, da se kršitev obveznosti, za katero je odgovoren podizvajalec, v začetni fazi – v okviru izbire – razširi tudi na ponudnika, v skladu z uvodno izjavo 42 Direktive 2014/24, na podlagi katere je treba „[n]adzor nad spoštovanjem določb okoljskega, socialnega in delovnega prava […] izvajati v zadevnih fazah postopka javnega naročanja“. [10]

7 Čeprav so v členu 18(2) omenjene samo države članice, pa so z uvodno izjavo 37 Direktive 2014/24 zajeti tudi javni naročniki: „Zaradi ustrezne vključitve okoljskih in socialnih zahtev ter zahtev s področja dela v postopke javnega naročanja je nadvse pomembno, da države članice in javni naročniki z ustreznimi ukrepi zagotovijo, da so izpolnjene obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava […].“

8 Uvodna izjava 40 Direktive 2014/24.

9 Formulacije iz jezikovnih različic, ki sem jih preučil, so pomensko enakovredne – v francoski: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*; v angleški: *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*; v italijanski: *dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*; v portugalski: *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*; ali v nemški: *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*.

10 V predlogu direktive, ki ga je Evropska komisija poslala Svetu in Evropskemu parlamentu (COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD)), so bili omenjeni celo subjekti, udeleženi v dobavni verigi (člen 55). Odprta formulacija, ki je bila uporabljena, je – če je mogoče – še širša.

35. Z uporabo tega merila je na podlagi člena 57(5) Direktive 2014/24 mogoče potrditi, da je lahko vsak gospodarski subjekt (torej tudi ponudnik) izključen „glede na storjena ali neizvedena dejanja pred ali med postopkom“. To, da ponudnik ob predložitvi ponudbe ni preveril podizvajalca, ki je pred začetkom postopka javnega naročanja kršil obveznosti iz člena 18(2), kaže vsaj na malomarnost.

36. Nazadnje, v členu 71(6)(a) Direktive 2014/24 je v zvezi z uporabo člena 18(2) „solidarn[a] odgovornos[t] podizvajalcev in glavnega izvajalca“ izrecno omenjena kot eden od mehanizmov, ki jih lahko uporabijo države članice.

37. Ta odgovornost enih in drugih je poudarjena v uvodni izjavi 105 Direktive 2014/24, v skladu s katero lahko države članice uvedejo „mehanizem *solidarne* odgovornosti med podizvajalci in glavnim izvajalcem“. Kot je znano, se lahko tožba, s katero se od solidarnih zavezancev zahteva izpolnitev njihovih obveznosti in se uveljavljajo posledice njihove neizpolnitve, ne glede na notranje odnose med solidarnimi zavezanci vloži zoper katerega koli od njih.

38. Cilj člena 57(4)(a) Direktive 2014/24 potrjuje pravilnost tega pristopa, ki se mi zdi najprimernejši glede na nedvoumen namen zakonodajalca Unije, da spoštovanje socialnih in delavskih pravic zagotovi tudi s krepitvijo njihovega varstva na področju javnega naročanja.

39. Na to kaže tudi namen zagotovitve poštene konkurence med ponudniki. Konkurenca bi bila izkrivljena, če bi pravila spoštovali vsi ponudniki razen enega, ki bi ponudbo predložil vedoč, da si je eden od njenih glavnih sestavnih delov (podizvajalec, ki mu namerava oddati pomemben del naročila) pri svojih stroških s tem, da ni spoštoval obveznosti s področja socialnega prava, ustvaril nezakonito prednost. To vpliva na verodostojnost ponudnika, ki se želi s to nepošteno prednostjo okoristiti.

40. Izhajajoč iz te premise, je prav tako logično, da lahko kršitve podizvajalca vplivajo na primernost ponudnika za sodelovanje v postopku oddaje naročila. Ponudnik se namreč svobodno odloči za uporabo sistema podizvajalstva ter sam izbere in predlaga podizvajalce, ki bodo sodelovali pri izvajanju naročila, tako da ni ovir za to, da se njegova odgovornost v okviru tega naročila nanaša (pa čeprav zgolj zaradi *culpa in eligendo*) tudi na ravnanja teh podizvajalcev.

41. Poleg tega je podizvajalstvo pri izvajanju javnih naročil lahko ugodno okolje za izvajanje manevrov, s katerimi se glavni izvajalec izogne odgovornosti in si neupravičeno zmanjša stroške dela ter ki so lahko načrtovani že v začetni fazi (predložitev ponudbe) postopka javnega naročanja.

42. Res je, da je v pravu Unije pri splošni zasnovi javnega naročanja velik pomen pripisan svobodi ustanavljanja in opravljanja storitev ter spodbujanju konkurence med gospodarskimi subjekti. S tem ciljem se želi doseči kar največja odprtost postopkov javnega naročanja, za kar bi lahko pretirana uporaba neobveznih razlogov za izključitev pomenila oviro.

43. Vendar neobvezni razlogi za izključitev državam članicam omogočajo uresničevanje ciljev splošnega interesa, v vsakem primeru pa se skuša z njimi zagotoviti zanesljivost, vestnost, poslovna poštenost in resnost ponudnikov. [11]

44. Kot sem poudaril v sklepnih predlogih v zadevi Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 [12], je v Direktivo 2014/24 zanesljivost vključena kot ključni element razmerja. V skladu z uvodno izjavo 101, prvi odstavek, lahko naročniki izključijo „gospodarske subjekte, ki so se izkazali za nezanesljive“. Element zanesljivosti tako prežema razloge za izključitev v zvezi s subjektivnimi pogoji kandidata in preostalih gospodarskih subjektov, ki jih želi ta pri izvedbi naročila uporabiti kot podizvajalce.

11 Sodba z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točke 29, 31 in 32).
12 Zadeva C-267/18, EU:C:2019:393.

45. Ta vpliv je zaznaven tudi v členu 57(4)(a) Direktive 2014/24. Uvodna izjava 101 se namreč začne z omembo nezanesljivosti gospodarskega subjekta, ki je prav posledica neizpolnitve „okoljskih ali socialnih obveznosti, vključno s pravili o dostopnosti za invalide“.

46. V skladu s sodno prakso Sodišča imajo države članice pri oblikovanju neobveznih razlogov za izključitev široko polje proste presoje.[13] Vendar je v členu 57(7) Direktive 2014/24 pojasnjeno, da države članice pogoje za uporabo teh razlogov določijo „ob upoštevanju prava Unije“.

47. Menim, da lahko država članica to polje proste presoje upravičeno uporabi za določitev, da se javni naročniki v razmerju do ponudnika lahko sklicujejo na neobvezni razlog za izključitev iz člena 57(4)(a), če je kršitev obveznosti s področja socialnega ali delovnega prava mogoče pripisati podizvajalcu, ki ga je ta ponudnik predlagal.

48. Vendar do te mogoče izključitve ne pride samodejno, temveč je odvisna od konkretnih okoliščin, ki se presojajo v skladu z načeli, na katerih temelji javno naročanje in med katere se prišteva tudi načelo sorazmernosti.[14]

49. V skladu z načelom sorazmernosti je za to, da prestopki podizvajalca na ponudnika vplivajo do te mere, da je ta zaradi njih izključen iz postopka, na splošno potrebno, da ponudnik zaradi kršitev podizvajalca za naročnika ni več zaupanja vreden. Ta vidik bom preučil spodaj.

C. Razlaga člena 71 Direktive 2014/24

50. V skladu s členom 71(1) Direktive 2014/24 morajo pristojni organi zagotoviti, „da podizvajalci spoštujejo obveznosti iz člena 18(2)“ (torej med drugim te s področja socialnega in delovnega prava).

51. Na podlagi člena 71(6) pa države članice „[k]ršitve obveznosti iz člena 18(2) [s strani podizvajalcev] lahko preprečijo z ustreznimi ukrepi“.

52. Nekatere udeleženke postopka[15] so zagovarjale, da se člen 71 Direktive 2014/24 ne uporablja v fazi izbire kandidatov, ampak le v fazi izvajanja naročila. V podporo svojemu stališču so se sklicevale na uvodno izjavo 105 te direktive, v kateri sta omenjena le glavni izvajalec in podizvajalec, ne pa tudi ponudniki.

53. Menim, da ta terminološki ugovor ni odločilen. V členu 71 Direktive 2014/24 so poleg izraza „glavni izvajalec“ (pri katerem gre za „gospodarski subjekt, ki mu je bilo oddano javno naročilo“), uporabljeni še izrazi „podizvajalec“, „ponudnik“ (ta, ki je predložil ponudbo) in „gospodarski subjekt“. Zadnjenavedeni izraz je najširši in zajema vsako podjetje, ki na trgu dobavlja blago ali izvaja storitve[16], kar – kot je logično – vključuje tudi podizvajalce.

54. Uvodno izjavo 105 je treba brati ob upoštevanju izrecnih sklicevanj iz člena 71 Direktive 2014/24 na ponudnika, glavnega izvajalca in gospodarske subjekte. Zato ni ovir za to, da se ta člen uporabi tako v fazi pred oddajo naročila (torej za ponudnike) kot v fazi po njej (torej za izvajalce) ter tako vpliva na razmerje enih in drugih s podizvajalci.

13 Sodba z dne 20. decembra 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani in Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, točka 31 in navedena sodna praksa).

14 V skladu s členom 18(1) Direktive 2014/24 „[j]avni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno“.

15 Družba Consip in avstrijska vlada.

16 V skladu s členom 2(1), točka 10, Direktive „gospodarski subjekt“ pomeni „katero koli fizično ali pravno osebo ali javni subjekt ali skupino teh oseb in/ali subjektov, vključno z vsakim začasnim združenjem podjetij, ki na trgu ponuja izvedbo gradenj in/ali gradbenega dela, dobavo blaga ali izvedbo storitev“. „Ponudnik“ pa je opredeljen kot „gospodarski subjekt, ki je predložil ponudbo“ (člen 2(1), točka 11)).

55. V členu 71(6)(b) Direktive 2014/24, ki se nanaša posebej na izključitev podizvajalca zaradi kršitve obveznosti iz člena 18(2), je konkretno naveden „gospodarski subjekt“, zaradi česar navedena določba učinkuje v fazi izbora in v fazi izvedbe naročila.

56. To je tudi logično, saj je v Direktivi 2014/24 informacijam, ki jih mora gospodarski subjekt naročniku predložiti o tem, kako bodo podizvajalci vključeni v izvajanje naročila, posvečeno osrednje mesto. V zvezi s tem napotujem na moja pojasnila iz sklepih predlogov v zadevi Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93[17].

57. Ta namen je zakonodajalec izrazil v odstavkih 2 in 5 člena 71 Direktive 2014/24, ki se nanašata na obveznost ponudnika in glavnega izvajalca, da naročnika obvestita o delih naročila, ki jih nameravata oddati v podizvajanje (v fazi izbora) oziroma ki jih podizvajalci že izvajajo (po oddaji naročila).

58. To obveznost obveščanja je zakonodajalec v členu 71(6)(b) upošteval ob določitvi, da lahko naročniki pri preverjanju, ali obstajajo razlogi za izključitev katerega od podizvajalcev v skladu s členom 57, uporabijo mehanizme iz členov 59, 60 in 61 Direktive 2014/24.

59. Zakonodajalec ob tem, ko se v členu 71 sklicuje na člen 57, misli tako na obvezne kot neobvezne razloge za izključitev, ki so mogoči v zvezi s kršitvijo obveznosti iz člena 18(2). Vendar so posledice različne:

– če je v zvezi s podizvajalcem podan obvezen razlog za izključitev,[18] *se zahteva*, naj gospodarski subjekt tega podizvajalca zamenja;

– če gre za neobvezen razlog za izključitev,[19] pa naročnik *lahko zahteva*, naj gospodarski subjekt podizvajalca zamenja. To je, kot bom pojasnil spodaj, še eden od dopustnih ukrepov za preprečitev sodelovanja neprimernih podizvajalcev.

60. V zvezi s tem z vidika urejanja izstopata dva elementa:

– na eni strani odprta formulacija, ki je uporabljena v členu 71(6) Direktive 2014/24 („Kršitve obveznosti iz člena 18(2) se lahko preprečijo z *ustreznimi ukrepi*, *kot so*: […]“);

– na drugi strani pa pooblastilo, na podlagi katerega lahko države članice določijo „strožja pravila glede odgovornosti“ (člen 71(7)).

61. Menim, da iz skupnega upoštevanja teh dveh elementov izhaja potrditev tega, kar je razvidno že iz razlage člena 57(4)(a) Direktive 2014/24, torej da države članice v teh primerih lahko določijo neposredno odgovornost ponudnikov, ki so predlagali podizvajalce, odgovorne za kršitve iz člena 18(2) te direktive.

62. Na podlagi formulacije člena 71(6) Direktive 2014/24 namreč ni izključena uvedba *drugih nacionalnih ukrepov*. Zakonodajalec Unije je nekatere od teh ukrepov, ki se lahko sprejmejo v primeru kršitve obveznosti s področja socialnega in delovnega prava, kakršen je zamenjava podizvajalca, v zvezi s katerim je podan (obvezen ali neobvezen) razlog za izključitev, navedel zgolj ponazoritveno, in ne taksativno. Države članice morajo v skladu s členom 71(8) določiti pogoje za njihovo izvajanje.

17 Zadeva C-267/18, EU:C:2019:393.

18 To je, če gre za kršitve obveznosti s področja socialnega ali delovnega prava, v zvezi s katerimi je bila izdana pravnomočna sodba, ki jih je mogoče zajeti v katerem od razlogov iz člena 57(1).

19 Ta iz člena 57(4)(a), ki se nanaša konkretno na kršitve obveznosti iz člena 18(2).

63. Enak pristop je privzet v členu 71(7), v skladu s katerim lahko države članice v svoji zakonodaji v zvezi s podizvajalci določijo „strožja pravila glede odgovornosti“. Iz besedila tega odstavka je po mojem mnenju razvidno, da ta pravila niso omejena na „neposredn[a] plačil[a] podizvajalcem“ (v zvezi s čimer je uporabljen izraz, da države članice na tem področju „lahko gredo dlje“), temveč imajo lahko splošnejši obseg.

64. To je še jasneje razvidno iz uvodne izjave 105 Direktive 2014/24, v kateri je navedeno, da „lahko države članice v nacionalnem pravu še naprej določajo strožja pravila glede odgovornosti oziroma da gredo lahko, kar zadeva nacionalno pravo, dlje glede neposrednih plačil podizvajalcem“. Iz te razmejitve je razvidno, da gre za dve različni vrsti (možnih) ukrepov.

65. Ta pooblastila držav članic niso omejena na razmerje med glavnim izvajalcem in podizvajalci, temveč se lahko uporabijo tudi za razmerje med naročnikom in ponudnikom, ki je v svoji ponudbi navedel, da bo pri izvedbi naročila sodeloval podizvajalec, v zvezi s katerim je podan razlog za izključitev. V zvezi s tem napotujem na zgornje preudarke o solidarni odgovornosti enih in drugih.

66. Ker so v členu 57 Direktive 2014/24 posebej urejeni razlogi za izključitev, je s tem, da se zakonodajalec nanj sklicuje v členu 71(6) in (7), dodatno podprta možnost, da so ponudniki izključeni zaradi kršitev podizvajalcev, ki niso izpolnili obveznosti, ki izhajajo iz člena 18(2). Izločitev kandidatov je primarno urejena v členu 57, vendar je ta možnost, poudarjam, podprta z ureditvijo oddaje naročil podizvajalcem iz člena 71.

D. Italijanska ureditev izključitve ponudnika zaradi kršitev podizvajalca v okviru dejanskega stanja zadeve

67. Na podlagi skupne uporabe členov 80(5) in 105(12) ZJN je posledica vključitve v ponudbo podizvajalca, ki je kršil obveznosti, ki iz socialnega in delovnega prava izhajajo v zvezi z invalidnimi osebami, samodejna izključitev ponudnika, ki je tega podizvajalca po lastni presoji predlagal, če se ta kršitev odkrije v fazi pred oddajo naročila.

68. Ta stroga posledica morda ni v skladu z načelom sorazmernosti. Sodišče se je – v zvezi z Direktivo 2004/18 [20] – opredelilo o neobveznih razlogih za izključitev in zavrnilo njihovo samodejno uporabo. Iz sodbe Forpost in ABC Direct Contact [21] izhaja, da bi ta samodejnost lahko presegala polje proste presoje, ki je državam članicam priznano s členom 45(2) Direktive 2004/18 (zdaj člen 57(7) Direktive 2014/24).

69. V skladu s to sodbo je treba „opraviti konkretno in posamično presojo ravnanja zadevnega gospodarskega subjekta“. [22] Sodišče je zaradi neupoštevanja tega merila ugotovilo, da s pravom Unije ni združljiv nacionalni zakon, „na podlagi kater[ega] mora naročnik ta subjekt samodejno izključiti iz postopka oddaje […] javnega naročila, ne da bi ta naročnik imel možnost, da v vsakem primeru preuči resnost domnevno krivdnega ravnanja tega subjekta […]“.

20 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

21 Sodba z dne 13. decembra 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 35).

22 Sodba z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 31).

70. V sodbi Connexion Taxi Services pa je Sodišče odstopilo od te usmeritve sodne prakse iz predhodnih sodb. Ob tem, ko je dotlej zahtevano oceno kršitve ponudnika ob upoštevanju načela sorazmernosti kontrastiralo s spoštovanjem načel preglednosti in enakega obravnavanja, je presodilo, da imata ti večjo težo. Ugotovilo je, da ti načeli prevladata v primeru, v katerem je moral „biti v skladu s pogoji razpisa […] ponudnik, ki je zagrešil hudo poslovno napako, nujno izločen, ne da bi se upoštevala sorazmernost te sankcije“.[23]

71. Zato se zdi, da se način presoje razlikuje glede na to, ali je samodejna izključitev določena le v zakonu (v tem primeru bi moralo biti preverjanje sorazmernosti dopustno, čeprav v nacionalni ureditvi ni določeno) ali pa se kategorično zahteva v razpisnih pogojih.

72. Niti iz predložitvenega sklepa niti iz poznejših pojasnil[24] ni razvidno, da je bila samodejna izključitev določena v dokumentih, s katerimi je bila urejena oddaja javnega naročila. To, ali je bila taka nujna zahteva določena v določilu 11 ali katerem koli drugem določilu razpisne dokumentacije, mora presoditi nacionalno sodišče. Če bi bilo tako, bi – v smislu sodbe Connexxion Taxi Services[25] – prevladala uporaba načel preglednosti in enakega obravnavanja ponudnikov. Tako bi se preprečilo, da bi bil ponudnik, ki spoštuje pogoje iz razpisne dokumentacije, prezrt v korist tega, ki jih je kršil.

73. V nasprotnem primeru so upoštevne zahteve načela sorazmernosti. Tudi v tem primeru je naloga nacionalnega sodišča, da pretehta vse zadevne dejavnike in presodi, ali je izključitev ponudnika sankcija, ki ustreza resnosti njegovega ravnanja.

74. Eden od teh dejavnikov, ki je lahko predmet presoje, je ta, ki ga v dopisu s pojasnili navaja predložitveno sodišče, in sicer da izključeni ponudnik ni imel obveznosti preveriti, ali je bil ESPD podizvajalca v skladu z dejstvi, kar bi lahko govorilo v prid omilitvi malomarnosti tega ponudnika. Vendar bi bila ta še vedno – čeprav v manjšem obsegu – podana, saj ni bilo nobene ovire za to, da bi ponudnik (kot je pozneje storil naročnik) predhodno na drugačen način preveril, ali je podizvajalec spoštoval obveznosti.

75. To, da je ponudnik v skupino treh podizvajalcev poleg kršitelja vključil še dva druga, neoporečna gospodarska subjekta, ne zadostuje za zmanjšanje njegove odgovornosti. Posledica sprejetja te prakse bi bilo lahko spodbujanje goljufivega ravnanja, pri katerem bi bil v ponudbi poleg dveh podizvajalcev, ki bi bila dodana zgolj formalno, naveden podizvajalec, ki krši obveznosti (in ima, kot je pojasnjeno zgoraj, običajno nižje stroške iz naslova dela ali socialnih prispevkov) in katerega storitve bi se uporabile, če spornost njegovega statusa ne bi bila odkrita.

76. Odgovornost ponudnika prav tako ni zmanjšana zaradi okoliščine, da zmore brez uporabe podizvajalca sam izpolniti obveznosti iz naročila. Glede na to, da se je ponudnik prosto odločal o tem, ali bo uporabil podizvajalce, ter da je v ponudbi naročnika obvestil o svoji nameri, da bo to možnost izkoristil, in navedel tri podizvajalce, je bil odgovoren za to, da med njimi ni nobenega, ki je kršil nacionalne določbe v zvezi z delom invalidnih oseb.

23 Sodba z dne 14. decembra 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, izrek).

24 Povzeta v točki 21 teh sklepnih predlogov.

25 Sodba z dne 14. decembra 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948).

V. Predlog

77. Glede na zgornje navedbe Sodišču predlagam, naj Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija) odgovori tako:

1. Člen 57(4)(a) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES je treba razlagati tako, da načeloma ne nasprotuje temu, da je ponudnik, ki je v svoji ponudbi izrazil namero, da bo kot podizvajalca uporabil gospodarski subjekt, izključen iz postopka oddaje javnega naročila, če je ta gospodarski subjekt kršil obveznosti, ki izhajajo iz delovnega ali socialnega prava zadevne države.

2. Pri odločanju o izključitvi mora imeti naročnik možnost, da v vsakem posameznem primeru presodi sorazmernost tega ukrepa in na podlagi tehtanja vseh danih okoliščin oceni zanesljivost ponudnika, razen če je v razpisni dokumentaciji brezpogojno določeno, da do izključitve pride ne glede na sorazmernost te sankcije.